

---

**Datum:** 30.03.2012  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 18. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 Sa 1801/11  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2012:0330.18SA1801.11.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Gelsenkirchen, 4 Ca 322/11  
**Schlagworte:** Verdachtskündigung, Anhörung  
**Leitsätze:**  
Eine Verdachtskündigung ist unwirksam, wenn die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers erst nach Anhörung der Mitarbeitervertretung erfolgt.

---

**Tenor:**  
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 11.10.2011 - 4 Ca 322/11 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.  
Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand** 1

Die Parteien streiten im Wesentlichen darüber, ob das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund einer fristlosen Kündigung der Beklagten beendet wurde (die Beklagte wirft der Klägerin vor, Vermögensdelikte zum Nachteil anderer Mitarbeiter begangen zu haben). 2

Die Beklagte führt das St. B1 Krankenhaus in G1. Dort arbeitet die Klägerin (geboren am 27.09.1956) seit dem 01.09.1975 als Mitarbeiterin im Pflegedienst. Ausweislich der Regelung unter § 2 des Dienstvertrages, den die Parteien unter dem 15.07.1975 abschlossen, gelten für das Arbeitsverhältnis die Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR). Die Klägerin wurde zunächst als Kinderpflegerin 3

eingestellt. Im Laufe des Arbeitsverhältnisses wurden ihr nach Schließung der Kinderabteilung mehrfach andere Arbeitsaufgaben zugewiesen, zuletzt in der Bettenabteilung.

Die Klägerin wurde mit Urteil des Amtsgerichts Gladbeck im Jahr 2006 wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe in Höhe von 7 Tagessätzen verurteilt. 4

Am 28.09.2010 erstattete der Arbeitnehmer N2, der als Küchenhelfer im gleichen Krankenhaus tätig ist, in dem auch die Klägerin beschäftigt wird, Strafanzeige wegen Diebstahls gegen die Klägerin. Nach den Angaben des Anzeigen erstatters wurde ihm ein Ehering sowie ein Mobiltelefon im Gesamtwert von rund 150,- Euro im September 2009 aus der Tasche seiner Jacke entwendet, die im Aufenthaltsraum des Küchenpersonals über einem Stuhl hing. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens haben der Arbeitnehmer N2, dessen Sohn sowie die Tochter der Klägerin Angaben gemacht, die die Klägerin belasteten. Die Tochter der Klägerin lebte damals im Streit mit ihrer Mutter und war mit dem Sohn des Mitarbeiters N2 sowie dessen Ehefrau befreundet. Nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens wurde die Klägerin per Strafbefehl zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen verurteilt. Dieser Strafbefehl wurde rechtskräftig. 5

Im Januar 2011 informierte der Mitarbeiter N2 den Vorsitzenden der Mitarbeitervertretung über den Erlass des Strafbefehls gegen die Klägerin; der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung leitete diese Information an den Bereichsleiter Personal weiter. 6

Am 22.01.2011 erhielt der Geschäftsführer der Beklagten eine Email mit folgendem Wortlaut: 7

"von: u1@a1.c1 8

Gesendet: Samstag, 22. Januar 2011 14:22 9

An: info-kkel 10

Betreff: Ich habe Angst 11

Guten Tag, 12

ich bin U2 W1 und arbeite in dem Bettenlager des Krankenhauses St. B1 in G1. Ich bin so gut wie ausgeliefert, denn jetzt habe ich eine Geldstrafe erhalten der Polizei. Ich muss Frau S2 und Frau G2 ein Geständnis erteilen. Ich habe tatsächlich die Spinte aufgebrochen und all Sachen gestohlen auch von Mitarbeitern des Hauses. Ich habe Angst um meinen Arbeitsplatz. Was soll ich tun. Ich kann es nur per Email zugeben da ich schreckliche Angst habe was geschieht. 13

Mit freundlichen Grüßen 14

U2 W1 15

K2 s3. 12 16

12345 G1" 17

Mit Schreiben vom 31.01.2011 informierte die Beklagte die Mitarbeitervertretung darüber, dass sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin "aus wichtigem Grund (Diebstahl am Arbeitsplatz) ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" aufzukündigen. Der Vorsitzende der 18

Mitarbeitervertretung teilte der Beklagten per Email am Morgen des 03.02.2011 mit, die Mitarbeitervertretung habe den Beschluss gefasst, keine Einwendungen gegen die außerordentliche Kündigung der Klägerin zu erheben. Der Bereichsleiter Personal führte am 03.02.2011 ein Gespräch mit der Klägerin über den beabsichtigten Ausspruch einer fristlosen Kündigung. Der nähere Inhalt dieses Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 03.02.2011 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin eine fristlose Kündigung aus.

Mit ihrer Klage, die am 21.02.2011 beim Arbeitsgericht einging, hat die Klägerin sich gegen die Wirksamkeit dieser Kündigung gewandt und die Weiterbeschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits begehrt. Die Beklagte hat widerklagend die Rückzahlung einer Weihnachtsgewinnzuwendung und die Rückzahlung von Arbeitsentgelt für den Zeitraum vom 03.01. bis zum 06.01.2011 verlangt. 19

Die Klägerin hat erstinstanzlich unter anderem vorgetragen, sie habe den Arbeitnehmer N2 nicht bestohlen. Die Klägerin habe den durch Einwurf in den Briefkasten zugestellten Strafbefehl nicht erhalten, so dass sie keinen Einspruch einlegen könne. Ihr Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei abgewiesen worden. Der Strafbefehl habe nicht ergehen dürfen. Vor dem Hintergrund der familiären Situation seien insbesondere die Angaben ihrer Tochter nicht glaubwürdig. Die Email vom 22.01.2011 sei nicht von ihr verfasst und abgesandt worden. Im Gespräch, das sie mit dem Bereichsleiter Personal am 03.02.2011 führte, sei sie mit dieser Email nicht konfrontiert worden, ihr sei lediglich mitgeteilt worden, dass ein Strafbefehl gegen sie vorliege. Die Klägerin hat die ordnungsgemäße Anhörung der Mitarbeitervertretung bestritten. 20

Die Klägerin hat beantragt, 21

1. es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 03.02.2011 weder außerordentlich fristlos noch ordentlich aufgelöst ist; 22
2. die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin über den 03.02.2011 für die Dauer des Rechtsstreits zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

Die Beklagte hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, das Arbeitsverhältnis sei durch die außerordentliche Kündigung wirksam beendet worden, da die Klägerin rechtskräftig wegen eines Diebstahls zu Lasten eines anderen Arbeitnehmers verurteilt worden sei. Die Beklagte hat unter anderem vorgebracht, die Klägerin habe, wie sich aus der Strafakte ergebe, bereits am 22.09.2010 eine SMS an ihre Tochter verschickt und darin zugegeben, den Ring des Mitarbeiters N2 entwendet und verkauft zu haben; die Tochter der Klägerin habe den Ring sowie das Mobiltelefon bei ihrer Mutter gesehen. Die Beklagte habe am 20.01.2011 Kenntnis von den Strafbefehlen erlangt. Nach dem Erhalt der Email vom 22.01.2011 sei die Klägerin aus Sicht der Beklagten dringend verdächtig gewesen, mindestens einen Diebstahl, mit hoher Wahrscheinlichkeit auch mehrere gegenüber anderen Arbeitnehmern begangen zu haben. Die Mitarbeitervertretung sei am 31.01.2011 schriftlich und ergänzend mündlich über die beabsichtigte außerordentliche fristlose Kündigung angehört worden. Der Arbeitnehmer N2 habe den Vorsitzenden der Mitarbeitervertretung unmittelbar angesprochen und ihm das Schreiben der Staatsanwaltschaft Essen vom 13.01.2011 übergeben, so dass der 25

Vorsitzende der Mitarbeitervertretung bereits vor der Beklagten über den gesamten Kündigungssachverhalt in Kenntnis gewesen sei. Der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung habe noch am gleichen Tag den Bereichsleiter Personal angesprochen und mit ihm das weitere Vorgehen erörtert, wobei insbesondere auf den Ausspruch einer Tat- bzw. Verdachtskündigung eingegangen worden sei. Die spätere schriftliche und ergänzende Anhörung der Mitarbeitervertretung sei lediglich erfolgt, um den Formalien Genüge zu tun. Die Mitarbeitervertretung sei voll umfänglich und abschließend über sämtliche Aspekte in der Angelegenheit angehört worden. Die Klägerin sei verdächtigt worden, für mehrere Einbrüche in die Spind schränke von Arbeitnehmern verantwortlich gewesen zu sein, was sie gegenüber der Beklagten mit der Email vom 22.01.2011 gestanden habe. Aufgrund des rechtskräftig gewordenen Strafbefehls bleibe jedenfalls an der Straftat gegenüber dem Mitarbeiter N2 kein Zweifel.

Das Arbeitsgericht hat die Straftakte der Staatsanwaltschaft Essen, Strafsache Amtsgericht Gladbeck, 91 Js 2260/10, 6 Cs (316/10) beigezogen. Es hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben und die Beklagte zur Weiterbeschäftigung der Klägerin für die Dauer des Rechtsstreits verurteilt. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung sei als Tatkündigung unwirksam, da die Beklagte eine Straftat der Klägerin nicht beweisen können. Insbesondere ergebe sich aus den beigezogenen Akten des Strafverfahrens keine überzeugenden Hinweise auf eine Straftat der Klägerin. Die Kündigung sei auch als Verdachtskündigung unwirksam. Die Klägerin sei vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die Anhörung der Klägerin vom 03.02.2011 sei nicht Gegenstand der Anhörung der Mitarbeitervertretung gewesen, die bereits zuvor abgeschlossen gewesen sei. Der Widerklage hat das Arbeitsgericht hinsichtlich eines Nettobetrages in Höhe von 170,29 Euro (Arbeitsentgelt für den Zeitraum vom 03.01. – 06.01.2011) stattgegeben; hinsichtlich der Rückzahlung der Weihnachtswendung hat das Arbeitsgericht die Widerklage abgewiesen; da das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet worden sei, bestehe kein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der Weihnachtswendung. 26

Zur näheren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf das Urteil des Arbeitsgerichts Bezug genommen. 27

Das erstinstanzliche Urteil ist der Beklagten am 07.11.2011 zugestellt worden. Sie hat mit einem Schriftsatz, der am 07.12.2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist, Berufung eingelegt und die Berufung mit einem am 09.01.2012 (einem Montag) beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 28

Die Beklagte trägt vor, gegen die Klägerin bestehe der Verdacht, mehrere, insbesondere aber ein konkretes Vermögensdelikt zu Lasten eines Arbeitskollegen begangen zu haben. Der Verdacht beruhe auf einem rechtskräftigen Strafbefehl sowie einer Email der Klägerin, mit der sie andere Taten gestanden habe. Die Klägerin sei ordnungsgemäß angehört worden. Im Gespräch vom 03.02.2011 habe der Bereichsleiter Personal der Klägerin den Vorwurf des Diebstahls gemacht; die einzige Einlassung der Klägerin habe in einem pauschalen Abstreiten bestanden. Nach Auffassung der Beklagten ist die Mitarbeitervertretung hinreichend unterrichtet worden. Dabei sei es unerheblich, dass die Anhörung der Mitarbeitervertretung vor der Anhörung der Klägerin abgeschlossen gewesen sei. Die Anhörung der Klägerin sowie die sich daraus ergebenden Erkenntnisse seien keine Tatsachen, die der Mitarbeitervertretung zudem mitzuteilen seien, denn diese Tatsachen seien keine Tatsachen, auf die der Kündigungsentschluss der Beklagten maßgeblich zurückzuführen gewesen sei. Die Mitarbeitervertretung habe alle Tatsachen gekannt, die die 29

Beklagte zum Ausspruch der Kündigung bewogen hätten.

Die Beklagte beantragt,	30
das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen 4 Ca 322/11 vom 11.10.2011 abzuändern und die Klage abzuweisen sowie die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, an die Beklagte weitere 1.041,74 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	31
Die Klägerin beantragt,	32
die Berufung zurückzuweisen.	33
Die Klägerin meint, die Kündigung sei als Verdachtskündigung unwirksam, da die Beklagte eigene Nachforschungen nicht vorgenommen habe. Die Klägerin sei auch nicht ordnungsgemäß angehört worden, da die Beklagte die weiteren Einzelheiten hinsichtlich der gegenüber der Klägerin erhobenen Vorwürfe in der Anhörung nicht dargestellt habe. Die Klägerin sei mit den einzelnen Verdächtigungen des Arbeitnehmers N2 oder anderer Personen nicht konfrontiert worden. Die Mitarbeitervertretung sei nicht ordnungsgemäß zur Verdachtskündigung angehört worden. Die Anhörung der Klägerin und die sich hieraus ergebenden Erkenntnisse seien entgegen der Auffassung der Beklagten Tatsachen, die der Mitarbeitervertretung mitzuteilen seien.	34
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die beiderseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	35
<b>Entscheidungsgründe</b>	36
I.	37
Die Berufung der Beklagten ist zulässig.	38
Sie ist insbesondere gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.	39
II.	40
Die Berufung hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.	41
1. Die Kündigungsschutzklage der Klägerin ist, wie das Arbeitsgericht zutreffend entschieden hat, begründet.	42
Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 03.02.2011 aufgelöst worden. Die Kündigung ist rechtsunwirksam.	43
a) Für die fristlose Kündigung fehlt es an einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB.	44
aa) Die Kündigung ist als so genannte Tat Kündigung unwirksam.	45
Es lässt sich nicht feststellen, dass die Klägerin tatsächlich Vermögensdelikte zum Nachteil von anderen Mitarbeitern der Beklagten beging. Die Beklagte, die als kündigende Arbeitgeberin darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen von Kündigungsgründen ist, hat die gegen die Klägerin insoweit erhobenen Vorwürfe nicht beweisen können.	46

Die Beklagte hat weder für den behaupteten Diebstahl zum Nachteil des Arbeitnehmers N2 noch für die Entwendung von Gegenständen aus den Spind schränken anderer Arbeitnehmer Zeugen benannt, die aus eigener Wahrnehmung zum Tathergang etwas hätten bekunden können. Es liegen auch keine hinreichenden Indizien dafür vor, dass die Klägerin derartige Straftaten beging. 47

(1) Hinsichtlich des Vorwurfs, die Klägerin habe Gegenstände aus Spind schränken entwendet, kommen als einziges Indiz die Email vom 22.01.2011 in Betracht. Insoweit steht aber die Urheberschaft der Klägerin nicht fest. Die Klägerin hat bereits erstinstanzlich vorgetragen, ihr Email-Account sei seit längerer Zeit deaktiviert, sie besitze seit ca. zwei Jahren keinen Computer und keinen (Festnetz)Telefonanschluss mehr. Die Beklagte ist dem nicht entgegengetreten. Die Beklagte hat auch im Hinblick auf den Inhalt der Email nichts Näheres dazu vorgetragen, was die Klägerin bewegen haben könnte, eine derartige Email zu verfassen, mit der sie – ohne erkennbaren Anlass – schwerwiegende Verfehlungen einräumt und den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses aufs Spiel setzt. Gerade die Tatsache, dass die Email mit (falsch geschriebenen) Adresszusatz unterzeichnet wurde, lässt es mehr als naheliegend erscheinen, dass die Email gerade nicht von der Klägerin verfasst wurde, sondern von einer anderen Person, die einen Verdacht auf die Klägerin lenken und ihr schaden wollte. 48

(2) Dass die Klägerin einen Diebstahl zum Nachteil des Mitarbeiters N2 begangen hat, ergibt sich nicht bereits daraus, dass insoweit ein rechtskräftiger Strafbefehl gegen die Klägerin erging. Die Arbeitsgerichte sind nicht an die tatsächlichen Feststellungen eines strafgerichtlichen Urteils gebunden; das Arbeitsgericht muss sich vielmehr eine eigene Überzeugung bilden (BAG, Urteil vom 26.03.1992 – 2 AZR 519/91, juris). Das ergibt sich aus § 14 Abs. 2 Nr. 1 EGZPO. Fehlt es schon an einer Bindungswirkung strafgerichtlicher Urteile, so muss dies erst recht für das Strafbefehlsverfahren gelten, in dem eine Verurteilung des Beschuldigten ohne vorheriges rechtliches Gehör im schriftlichen Verfahren möglich ist. 49

Im Hinblick auf den Vorwurf, die Klägerin habe den Arbeitnehmer N2 bestohlen, ergeben sich aus dem Inhalt der Strafkarte keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Täterschaft. Das Arbeitsgericht hat dies ausführlich und überzeugend dargelegt. Die Berufungskammer schließt sich dem an. Die Beklagte hat zweitinstanzlich wegen dieser Ausführungen des Arbeitsgerichts keine Einwendungen erhoben, sondern sich nur noch auf die Wirksamkeit der Kündigung als Verdachtskündigung berufen. 50

bb) Die Kündigung ist auch als Verdachtskündigung unwirksam. 51

Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund zur Kündigung bilden. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (vgl. zu den Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung etwa BAG, Urteil vom 25.11.2010 – 2 AZR 801/09 m.w.N., juris). Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsache gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Der Verdacht muss auf konkrete Tatsachen gestützt sein. Er muss sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. 52

Die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung sind im Streitfall nicht gegeben.

(1) Gegen die Klägerin besteht nicht der dringende Verdacht, sie habe Straftaten zum Nachteil anderer Arbeitnehmer begangen. 54

(a) Dies gilt zunächst im Hinblick auf den Vorwurf, die Klägerin habe Gegenstände aus Spind schränken anderer Arbeitnehmer entwendet. Die Beklagte hat Näheres zum Tathergang nicht vorgetragen. Aus der Email vom 22.01.2011 ergibt sich nicht der dringende Verdacht, die Klägerin habe eine derartige Tat begangen. Es lässt sich nämlich nicht feststellen, dass die Klägerin diese Email überhaupt verfasst hat. Die Klägerin hat dies abgestritten; die Beklagte hat hierzu nichts Näheres vorgebracht oder Beweis für die Urheberschaft der Klägerin angeboten. Dass der Inhalt der Email eher darauf schließen lässt, die Email sei von einer anderen Person verfasst worden, die der Klägerin schaden wollte, ist bereits oben dargelegt worden. 55

(b) Es besteht auch nicht der dringende Verdacht gegen die Klägerin, sie habe den Arbeitnehmer N2 bestohlen. 56

Der dringende Tatverdacht folgt nicht bereits daraus, dass die Klägerin ein rechtskräftiger Strafbefehl erlassen wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vermag selbst die Erhebung der öffentlichen Klage keinen dringenden Verdacht im kündigungsrechtlichen Sinne zu begründen, da die Klageerhebung einen dringenden Verdacht nicht voraussetzt (BAG, Urteil vom 05.06.2008 – 2 AZR 234/07; Urteil vom 29.11.2007 – 2 AZR 724/06, juris). Das muss auch für den Erlass eines Strafbefehls gelten, für den nach den Vorschriften der Strafprozessordnung nur ein hinreichender Verdacht – und nicht ein dringender Verdacht – erforderlich ist (§ 408 Abs. 2 StPO). 57

Aus dem Inhalt der Strafakte, die das Arbeitsgericht beigezogen hat, ergibt sich ebenfalls kein dringender Tatverdacht gegen die Klägerin. Die Angaben der Zeugenschaftlich vernommenen Personen sind nicht glaubhaft. Insoweit kann auf die umfangreichen und überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils verwiesen werden. Soweit die Beklagte den gegen die Klägerin gerichteten Verdacht auf die SMS-Nachricht stützen will, die die Klägerin ihrer Tochter zugesandt haben soll, so hat bereits das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass diese Nachricht keinen Absendernachweis enthält und damit nicht zweifelsfrei der Klägerin zugeordnet werden kann. Die Klägerin hat auch bereits erstinstanzlich vorgetragen, der Arbeitnehmer N2 als Geschädigter sei ihr zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannt gewesen. Dem ist die Beklagte nicht konkret entgegengetreten. 58

(c) Nur der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass sich aus der strafrechtlichen Verurteilung der Klägerin im Jahr 2006, die – wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat – wegen einer ganz anderen Tat erfolgte und in keinem Bezug zum Arbeitsverhältnis stand, kein dringender Verdacht hinsichtlich der hier in Rede stehenden Diebstahls Handlungen ergibt. 59

(d) Es kommt hinzu, dass nicht ersichtlich ist, inwieweit die Mitarbeitervertretung über einzelne Tatsachen, aus denen sich – nach Auffassung der Beklagten – ein dringender Tatverdacht gegen die Klägerin ergibt, überhaupt unterrichtet worden ist. 60

Die Beklagte hat nicht konkret dargelegt, dass die Mitarbeitervertretung über die Email vom 22.01.2011 und über den Inhalt der Strafakte informiert worden ist. Tatsachen, die der Mitarbeitervertretung vor Ausspruch der Kündigung nicht mitgeteilt worden sind, können aber 61

im Kündigungsschutzprozess nicht berücksichtigt werden. Insoweit gilt für die Beteiligung der Mitarbeitervertretung das Gleiche wie für die Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG (vgl. BAG, Urteil vom 16.10.1991 – 2 AZR 156/91, juris).

(2) Darüber hinaus ist die erforderliche Anhörung der Klägerin vor dem Ausspruch der Verdachtskündigung nicht ordnungsgemäß erfolgt. 62

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, juris) reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen einer Anhörung zu einer Verdachtskündigung lediglich mit einer allgemein gehaltenen Wertung konfrontiert. Die Anhörung muss sich auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsache zu bezeichnen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunklen liegenden Geschehnisse beizutragen. Der Verdacht muss so konkretisiert werden, dass der Arbeitnehmer sich substantiiert einlassen kann (BAG, Urteil vom 26.09.2002 – 2 AZR 424/01, juris). Diesen Grundsätzen folgt die Kammer. 63

Danach erweist sich die Anhörung der Klägerin als fehlerhaft, da die Beklagte ihr die Umstände, aus denen sich – aus Sicht der Beklagten – ein dringender Verdacht hinsichtlich der Begehung eines Eigentumsdeliktes ergibt, nicht im Einzelnen bei dem Anhörungsgespräch vom 03.02.2011 mitteilte. Die Beklagte hat hierzu lediglich pauschal vorgetragen, der Klägerin sei der Vorwurf des Diebstahls gemacht worden und die Vorwürfe seien umfassend erläutert worden. Welche konkreten Verdachtsmomente der Klägerin im Einzelnen mitgeteilt worden sind, lässt sich dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Insbesondere ist die Klägerin offenbar überhaupt nicht mit dem Vorwurf konfrontiert worden, Gegenstände aus dem Spind schränken von Arbeitnehmern entwendet zu haben. Jedenfalls hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, sie sei nicht zur Email vom 22.01.2011 angehört worden. Dem Vorbringen der Beklagten lässt sich nicht entnehmen, ob und inwieweit die sich aus der Straftakte ergebenden Aussagen der Belastungszeugen und insbesondere die an ihre Tochter gerichtete SMS der Klägerin im Rahmen des Anhörungsgesprächs erörtert worden sind. 64

Es kommt hinzu, dass die Anhörung der Klägerin erst erfolgte, nachdem die Mitarbeitervertretung bereits zur Kündigung angehört worden war. Ein Arbeitgeber, der die Anhörung des Arbeitnehmers erst dann durchführt, wenn er die betriebliche Interessenvertretung bereits zum beabsichtigten Ausspruch einer Verdachtskündigung angehört hat und zur Kündigung bereits fest entschlossen ist, kann keine wirksame Verdachtskündigung aussprechen (LAG Köln, Urteil vom 30.11.1992 – 11 Sa 413/92, LAGE Nr. 3 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers kann in diesem Fall den ihr zugedachten Zweck nicht erfüllen. 65

(3) Schließlich hat die Beklagte auch die Mitarbeitervertretung vor Ausspruch der Verdachtskündigung nicht ordnungsgemäß angehört. 66

Eine ohne ordnungsgemäße Anhörung der Mitarbeitervertretung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (§§ 30 Abs. 5, 31 Abs. 3 MAVO). Dabei führt nicht nur die unterbliebene Anhörung zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern auch die nicht hinreichende (BAG, Urteil vom 25.03.2004 – 2 AZR 380/03, juris). Insoweit gilt nichts Anderes als zu § 102 BetrVG. Zwar entsprechen die Regelungen der §§ 30, 31 MAVO nicht in vollem Umfang der des § 102 BetrVG. Sie sind ihr aber nachgebildet, so dass es gerechtfertigt ist, die dort maßgeblichen Grundsätze für die Auslegung heranzuziehen (BAG, Urteil vom 16.10.1991 – 2 67



AZR 156/91, juris). Der Arbeitgeber muss gemäß §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 MAVO der Mitarbeitervertretung die Gründe für die Kündigung darlegen. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG muss der für die Kündigung maßgebende Sachverhalt so genau und umfassend beschrieben werden, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen (BAG, Urteil vom 22.04.2010 – 2 AZR 991/08, Urteil vom 05.11.2009 – 2 AZR 676/08, juris). Dabei muss der Arbeitgeber seinen Wissensstand richtig an den Betriebsrat weitergeben. Bei einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund kann eine unvollständige Unterrichtung insbesondere dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber mildernde und damit den Arbeitnehmer entlastende Umstände verschweigt (BAG, Urteil vom 31.01.1996 – 2 AZR 181/95, juris).

Im Streitfall geht aus dem Vorbringen der Beklagten schon nicht hervor, welche verdachtsbegründenden Umstände überhaupt der Mitarbeitervertretung mitgeteilt worden sind. Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, der Kündigungssachverhalt sei der Mitarbeitervertretung bekannt gewesen, der Arbeitnehmer N2 habe dem Vorsitzenden der Mitarbeitervertretung über die der Klägerin zur Last gelegte Tat informiert. Dem Vorbringen der Beklagten lässt sich jedoch nicht entnehmen, welche Informationen sie der Mitarbeitervertretung im Hinblick auf die aus ihrer Sicht maßgebenden Verdachtsmomente gab. Aus dem Anhörungsschreiben vom 31.01.2011 geht noch nicht einmal hervor, dass die Beklagte überhaupt eine Verdachtskündigung auszusprechen beabsichtigt. Dem Vorbringen der Beklagten, die Mitarbeitervertretung sei "voll umfänglich und abschließend angehört worden", lassen sich die maßgeblichen Tatsachen gerade nicht entnehmen. Das Gleiche gilt für den Vortrag der Beklagten, der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung habe mit dem Bereichsleiter Personal das weitere Vorgehen erörtert, wobei "insbesondere auf den Ausspruch einer Tat- bzw. Verdachtskündigung eingegangen" worden sein soll.

68

Die Anhörung der Mitarbeitervertretung erweist sich jedenfalls deshalb als nicht ordnungsgemäß, weil die Klägerin erst dann persönlich angehört worden ist, als die Anhörung der Mitarbeitervertretung bereits abgeschlossen war. Die Anhörung des Arbeitnehmers ist aber Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verdachtskündigung. Sie gehört zum Kündigungsgrund und muss daher auch der Mitarbeitervertretung mitgeteilt werden. Die Mitteilung, zu welchem Ergebnis die Anhörung des zu kündigenden Arbeitnehmers führte, ist nur dann entbehrlich, wenn es nicht um eine Verdachtskündigung geht (BAG, Urteil vom 03.11.2011 – 2 AZR 748/10, juris). Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung ausgeführt, die Anhörung der Klägerin und die sich daraus ergebenden Erkenntnisse seien keine Tatsachen, die der Mitarbeitervertretung zwingend mitzuteilen seien, da es sich nicht um Tatsachen handele, auf die der Kündigungsentschluss der Beklagten maßgeblich zurückzuführen sei, die Beklagte habe sich nach der Anhörung vielmehr in dem bereits gefassten Entschluss bestätigt gesehen. Die Beklagte muss sich indes entgegenhalten lassen, dass die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Verdachtskündigung gerade dazu dienen soll, den Sachverhalt aufzuklären und dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, Entlastungstatsachen vorzubringen. Inwieweit dem Arbeitnehmer dies glückt, bzw. inwieweit er überhaupt sich zur Sache einlässt, Vorwürfe abstreitet oder gar einräumt, muss bei verständiger Betrachtung aber zwangsläufig Auswirkungen auf den Kündigungsentschluss haben. Jedenfalls konnte die Beklagte, bevor sie die Klägerin angehört hatte, noch nicht wissen, ob das Ergebnis der Anhörung Auswirkungen auf den Kündigungsentschluss haben würde.

69

70

b) Die unwirksame fristlose Kündigung lässt sich nicht gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umdeuten.

Eine ordentliche Kündigung ist gegenüber der Klägerin nicht möglich. Das ergibt sich aus § 14 Abs. 5 AVR. Zudem ist die Mitarbeitervertretung hinsichtlich einer ordentlichen Kündigung nicht beteiligt worden. 71

2. Da das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 03.02.2011 nicht beendet worden ist, ist auch der Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin, wie das Arbeitsgericht zutreffend entschieden hat, begründet. 72

3. Die Widerklage ist unbegründet. 73

Die Beklagte kann von der Klägerin nicht die Rückzahlung der erhaltenen Weihnachtsgewalt gemäß Abschnitt XIV, Absatz c der Anlage 1 zu den AVR verlangen. Eine Rückzahlungspflicht besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer vor dem 31. März des folgenden Jahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Dies ist hier nicht der Fall. Die Klägerin ist nicht aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden, da die ausgesprochene Kündigung unwirksam war. 74

III. 75

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten der erfolglosen Berufung zu tragen. 76

Es bestand keine Veranlassung, die Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen. Insbesondere wirft der Rechtsstreit keine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. 77